SOLVTIONES DVBIORVM IN PROCESSV IOANNIS DE ARCAS, SVPER APPREHENSIONE LOCI DE Alfocea, in articulo jurisfirmarum.

Por Don Pedro de Altarriba, y Alagon Señor de Huerto.

POndera la contraria parte para inclinar el afecto de V.S. en la decision de esta causa, lo que *Ciceron in orat. pro Publio Quintio* orando delante *C. Aquilio*, en la defensa de vn hombre desualido contra *Sex. Neuio* Ciudadano poderoso: *Gratia Sex Næuij ne P. Quintio noceat, id verò non mediocriter pertimesco.* Et infra, *P. Quintius, cui tenues opes, nullæ facultates, exiguæ amicorum copiæ sunt, cum aduersario gratiosissimo contendat.* Porque suele valer mucho el comouer la piedad, como aduirtio Hyperides Orador, desconfiando de los fundamentos que proponia, refert *Pausanias lib. 1. cap. 22. Vbi Hyperides oraret pro Phrine, nihilq; se proficere intelligeret, quia clarissimum videbatur, quod judices in eam calculos essent daturi, eam in medium adducens vestes lacerauit illius, pectusq; nudum ostendit, postea cum epilogi commiseratione ex aspectu orauit: itaut omnes iudices in Hypophetis, & Zachori superstitionem induxerit.* Pero reconociendo los Iuezes que no se deuen admitir essas comiseraciones se estableciò luego vna ley, como refiere Pausanias, continuando el lugar. *Et cum dimissa hac fuisset, lex postea lata est, ne quispiam dum diceretur de*

aliquo misereatur, aut accusatũ, accusatamve aspicies iudicaret. En Atenas refiere *Alex. ab Alex. Dier. genial. lib. 3. c. 5. lege cautum vt qui causam dicit. nec proœmio vtatur, nec ad miserationem, aut inuidiam adducat, quippe mouere affectus per praconem prohibebatur orator: ne cui plus in misericordia, quam in causa spei esset.* En Tebas pintauan las imagines de los Iuezes sin ojos, y manos, *Alex. vbi supra,* y da la razon *Plutarcho in lib. de Iside. Ob id, quod iusticia, nec muneribus capiatur, nec hominum vultu flectatur.* Porque destituidos de todos afectos no miren las personas sino la justicia de las partes, como afectaron en Atenas referente *Alex. ab Alex. vbi supra. Nam quos Areopagita capitis agebant, tacentes ipsi, & nulla truci oratione aut efferati odio sententijs afficiebant: ipsique litium controuersias noctu, & obscura luce, nunquam die iudicabant, vt procul ab omni affectu, qui animos in diuersum agit, tantum modo facta cognoscerent, personas non viderent.* Pondere se por la otra parte, que Agustin Batista Seron es pobre soldado: que litiga con poderoso, que yo a V. S. que solo atiende a los meritos de la causa representare la justicia del Señor de Huerto, que oy està confirmada con dos sentencias. No paran los valedores de la otra parte en comouer la piedad ay quien passa a ofender la justicia del Señor de Huerto; y los que la patrocinan, diziendo, que las sutilezas de sus Aduogados traen la verdad ofuscada, cõ la vulgaridad ordinaria nomia subtilitas veritatẽ lædit, *Barbos. axiom.* 214. Pero tambien hallarà otro axioma veritas sæpius examinata magis elucescit. *Axiõ.* 224. como sino estuuiesse mas acreditada por mi parte con dos sentencias, iuxta illud Chaldæi: vertentis illud Psalm. 81. *In medio autem Deus dijudicat. Deus cuius maiestas commoratur*

tur in cõgregatione iustorũ, qui potentes sunt in lege, in medio iudicum in veritate iudicat. Que con la pompa libre de sus palabras, *Petron. Arb. Satyri. Nunc, & rerum tumorè, & sentenciarum vanissimo strepitu, hoc tantum proficiunt, vt cum in forum venerint, putent se in alium terrarum orbem delatos. Seneca lib.* 11. *controuers. in proœm. Velut ex vmbroso, & obscuro prodeuntes loco clara, lucis fulgor obcæcat, sic istos à Scolis in forum transeuntes, omnia tanquam noua, & inusitata perturbant.* El Horador no merece alauanza por el estilo pomposo, sino por las doctrinas, *Pers. sat.*

Crimina rasis
Librat in anthithetis doctas possuisse figuras.
Laudatur bellum hoc: hoc bellum?

Mejor lo significa *Marc. lib.* 10. *ep.* 46. censurando à Mathon Aduogado conocido en Roma.

Omnia vis bellè; Matho, dicere, dic aliquando
Et benè: dic neutrum: dic aliquando malè.

Variamente entienden los expositores de Marcial el epig. vno dellos lo explica a mi intento. *Oratores cum schemata oratoria, & anthitheta ostentant. & nil de causa dicunt non est bellum hoc? idem factitabat* M A. *qui conobatur bellè dicere artem retoricam. Ait hoc* bellè *nonbenefieri.* Dic aliquando non bellè, *sed* bene *de re nempe proposita iure, & doctrina.* Dic male. *neglige artis fucos, quod est bene dicere, si hoc putas dicere male.* Esto baste por respuesta a los que ofenden los escritos de Aduogados tan graues como ha tenido esta causa; no ay obra tan dichosa que se libre de todas manos. *Mar. lio.* 11. *ep.* 1.

Ecquid te satis æstimas beatum
Contingunt tibi si manus minores?

Y respondiendo por ellos dirè con *Petr. Ar. satir.*

Nam

Nam sane sapiens contemptus jurgia flectit
Et, qui non jugula, victor abire solet.

Y espero poder dezir con el mismo. *Ergo recuperato, vt putabamus thesauro, in diuersorium pracipites abimus, praclusisque foribus ridere acumen non minus concionum, quam calumniantium cœpimus.*

Primium Dubium.

I*Lla verua posita in venditione concessa per Domnam Elisabetam Diez de Aux, in fauorem Petri de Altarriba scilicet.* y a quien vos, y ellos querreis respectiue, *non videntur posse restringi ad vitam Petri de Altarriba, sed generaliter ac absolute intelligenda esse de libera facultate alienandi in perpetuum, tam quia sunt indefinite prolata cùm etiam aliàs remanerent sine aliquo effectu operandi. Certissimi enim juris est, non existente aliqua prohibitione alienandi, grauatum posse pendente conditione fideicommissi alienare rem restitutioni subiectam, necnon etiam quia pradicta verba, non tantum referuntur ad Petrum de Altarriba, sed etiam ad cateros in dicta vendicione vocatos, & quemadmodum quilibet eorum posset dicta bona libere alienare cum non reperiatur grauatus alteri restituere, similiter Petrus de Altarriba potuisse videtur; ne deterioris conditionis sit principalis emptor quam cateri in dicta venditione comprehensi. Et quia vna determinatio in omnibus pariformiter determinare debet, neque quod absolute intelligantur repugnat natura vinculi, & rationi euitandi correctionem considerata, nam cum ea verba sint comixta dispositiuis potius modificare, seu declarare mentem dispositione videntur quam destruere.*

SOLVTIO.

La duda ſupone; que ſiendo la vendicion real ay clauſula en ella que dio facultad a Don Pedro de Altarriba, de agenar abſolutamente; y que el reconocimiento quando no aproueche para prueua de ſimulacion obrarà el auer cedido Don Pedro el derecho que competia a el y ſus deſcendientes, y con eſſo no tiene incluſion mi parte.

Para ſatisfacer a la duda fundarè, que Don Pedro no tuuo abſoluta facultad de agenar en perjuyzio de Don Franciſco, y ſus deſcendientes; porque ſu derecho era limitado; y porque no cedio ſino ſu derecho, ſin que obſten las palabras de la vendicion, *y a quien vos y ellos mas querreis*, por las quales entendieron los motiuos contrarios, que Don Pedro tuuo abſoluta facultad de diſponer a perjuyzio de los otros llamados, de cuya intelligencia genuina tratarè mas adelante dando, vna interpretacion nueua, y adequadiſſima a la mente, y a la letra.

Y para fundar, que Don Pedro tuuo derecho limitado, prouare, que la volũtad de Doña Iſabel fue hazer mayorazgo perpetuo en fauor de Don Pedro, y ſus hijos y deſcendientes. Con lo qual cada vno de los llamados ſucedera iure proprio; y tendra ſolamente el dominio de Alfocea, vita eius durante.

En vna oracion dixo. *Vendo a vos Don Pedro de Altarriba ſeñor de Huerto; y para deſpues de ſus dias a Don Franciſco mi ſobrino, heredero y ſuceſſor en el Caſtillo de Huerto, y a ſus hijos legitimos y naturales, y deſcendientes de aquellos legitimos ſuceſſores en el miſmo Caſtillo de Huerto. Y a quien vos, y ellos mas querreis, reſpectiue.* Tres vezes ſe repite en la vendicion el llamamiento de Don Pedro Altarriba y ſus deſcendien-

tes en la forma dicha, exceptando que las vltimas palabras estan solamente en essa oracion.

La duda supone. *Quod nullus reperiatur grauatus alteri restituere.* Don Pedro estaua llamado, y despues de sus dias Don Francisco; lo mismo es auerle instituido de esse modo, que auerle instituydo con obligaciō de restituir el lugar de Alfocea despues de su muerte a Don Francisco, *Franc. Mantica de conject. vltim. vol. lib.* 8. *tit.* 1. *num.* 31. *vsque ad finem*, plures congessit *Fusar. cons.* 190. *num.* 129. ad intentum plura idem, *Fusar. de fideicom. subst. quaest.* 277. *à num.* 44. *& sequentibus.* Si es lo mismo que auerle grauado de restituir post mortem; dando la intelligēcia a las palabras. *Y à quien vos &c.* que dize la duda; querra dezir Doña Isabel, que Don Pedro estè obligado à restituir el lugar de Alfocea a su hijo; y que disponga como quisiere; que es quitarle inmediatamente el grauamen; y es correccion inmediata en vna misma oracion, quae maximè est obianda. *l. cum hic status*, §. 1. *de donat. inter. In vna dispositione non admititur, Craueta cons.* 588. *num.* 7. Para que no demos en esse absurdo, otro ha de ser el sentido de essas vltimas palabras, ò entendiendose limitadamente, vita grauati durante, ò como explicaremos: quia interpretatio deuet fieri, ne disponens statim voluerit se corrigere, *Francisc. Aretin. cons.* 9. *Eleganter Mantic. decis.* 236. *num.* 14. plures congessit *Fusar. cons.* 25. *num.* 29. Et clausula in fine posita non deuet referri ad illam dispositionem; quae ex tali relatione redderetur inutilis, *Alex. cons.* 226. *consideratis num.* 6. *lib.* 6. In testamentis deuet fieri interpretatio, quae exponat, & non perimat. *Fusar. d. cons.* 25. *num.* 8. & verba generalia restringuntur correctionis vitandae causa, *Craueт. cons.* 570. *nu.* 13. *lib.* 4. Quia cum rigore dictae clau-

sulae,

sulæ, resultaret totum oppositum fieri, debet fieri interpretatio, quod non videatur disponens voluisse derogare his, quæ ante disposuerat, *l. non ad ea, D. de cond t. & demonstrat. Alex. dict. cons. num. 4. in fine.*

Doña Isabel instituyò en sus hijos, y descendientes mayorazgo, ò fideicomisso perpetuo electiuo, como se colige de la clausula. *Et no res menos in fine.* ibi: *En aquel, ò aquellos; y en qualquiere de ellos que yo aure ordenado, ò ab intestato seran successores mios cada vno de ellos en su grado successiuamente.* Y mas adelante boluiendo a repetir el mismo llamamiẽto, dize, *por orden sucessiua;* y en otra parte; *pueda cada vno en caso de sucessiõn por orden gozar.* Quando el testador llama a sus descendientes, si la disposicion tiene tracto sucessiuo, ó perpetuidad, ò la palabra sucessiue, haze mayorazgo perpetuo, y se sucede per fideicommissum, non per vulgarem, Magistraliter *Molin. de Hispan. primog. lib. 1. cap. 5. num. 27. vers. His tamen non obstantibus, vsque ad num. 39. inclusiuè, Fusar. de fideicom. substit. quæst. 384. num. 7. vsque ad satietatem quæst. 382. à n. 54. vsque ad num. 59.* Las tres cosas tiene el llamamiento, y a mas de esso en falta de los hijos, y descendientes la substitucion de Don Pedro, que assegura mas el mayorazgo, iuxta doctrinam *Fussar. de fideicom. subst. q. 439. num. 63. quæst. 382. num. 44.* En llegando a substituir a Don Pedro, continua el mayorazgo la vendedora; y constituye el orden de suceder con calidad de primogenito, llamando a Don Francisco despues de la muerte de su padre, *Fussar. de fideicom. substit. quæst. 384. num. 2.* Y no se puede dudar de que ay fideicommisso perpetuo en los descendientes de Don Pedro. Lo primero, que auiendo constituydo Doña Isabel fideicommisso perpetuo en sus descendientes, se presume

que

que substituyendo los transuersales, aunque los llame nomine collectiuo, se ha de entender successiuè, como sienten muchos allegados por *Fussar. quaest.* 382. *num.* 6. y en nuestro caso no tendra dificultad si iungatur. *Fussar. d. quaest.* 384. *num.* 2. Lo segundo, porq̃ quiso la vendedora que sucediesse en Alfocea perpetuamente el que fuesse Señor de Huerto; y consta por el vinculo allegado en el articulo 5. que el lugar de Huerto se vinculò para todos los descendientes de Don Pedro de Altarriba; y assi por la relacion a este vinculo, la palabra *descendientes* de la vltima substitucion contiene perpetuidad, y tracto sucessiuo: y consiguiẽtemente induce mayorazgo, *Fusar. vbi proxime à num.* 52. Y vltimamente se induce mayorazgo; porque à todos los Señores de Huerto appositum fuit onus, *l. ab eo, C. de fideicom.* latè *Fusar. vbi supra à num.* 64. Si ay mayorazgo, y consiguientemente grauamen de restituir al sucessor, no solamente Don Pedro, reperitur grauatus, sino todos sus descendientes: Luego no puede entenderse, que las palabras; *y a quien vos, &c.* entendiendolas la duda de absoluta potestate, non destruant fideicommissum.

Para darles la verdadera intelligencia fuera de todo lo que se ha discurrido hasta agora en los motiuos, y alegaciones. Supongo que el mayorazgo instituydo en la casa de Huerto, con el qual se ha de regular la sucession de Alfocea, segun la mente de Doña Isabel, repetida tres vezes en la vendicion; es electiuo sin disputa, como se colige de su contextura. Supongo tambien; que aunque Doña Isabel instituyò en primer lugar mayorazgo en fauor de sus descendientes, como auemos prouado, reseruose tambien facultad de eligir el que quisiera; y lo hizo electiuo, como se colige de

las

las palabras: *En aquel, ò aquellos que yo aure ordenado.* Supuesto lo dicho es muy verosimil, que si la vendedora quiso hazer mayorazgo perpetuo en sus descendientes; y electiuo en su persona que quisiera hazerlo electiuo, no solamente en la persona de Don Pedro, sino tambien de sus descendientes; y esso quiso significar en las palabras *à quien vos, y ellos mas querreis.* Si esto es verosimil, es sin duda que essa es la intelligencia, *Fusar. cons. 19. num. 19. cons. 3. num. 22. cons.* 109. *num.* 10. y no solamente es verosimilitud, sino necessidad; pues regulaua la sucession de Alfocea, con el mayorazgo de Huerto electiuo.

Si las palabras referidas significaran absoluta facultad de agenar peruertiendo el fideicomisso, como interpreta la contraria parte, la diccion *mas*, estaria ociosa, como tacitamente confiessa la duda omitiendola; y la verdad es, que el estilo de los Notarios, para significar esse absoluto poder de agenar dize. *Y a quien vos querreis, y ordenareis.* Dictio *Magis* sumitur electiue, *l. filius familias* 42. *& ibi glos. verb.* Magis, *& Bart. D. de condition. & demonstration. l. in mutuum* 2. §. 1. *D. de reb. credit. l. 1. D. com. diuid. l. quod si nolit.* 31. *§.* 23. *de Ædilic. Edict. l. 6. in fine princi. de cond. caus. dat. l. 5. D. fini. regundor. l. 3. de incendio, l. in commodato, §. sicut, & ibi glos. verbo Magis, D. commodat. l. si decem, §. cum petitia, vbi Iasson, D. de verbor. significat. Paris. cons.* 115. *num.* 15. *vol.* 1. *Marc. lib.* 2. *Epig.* 71. *Vt collata magis placeant mea?* Y deue tener misterio, & deuet, & esse cum virtute operandi, *Roland. cons.* 1. *num.* 122. 123. *lib.* 3. *Tusch. lit. V. concl.* 85. *num.* 5.

Verba deuent intelligi secundum communẽ vsum loquendi, *l. librorum, §. quod tamen, & ibi Bart. D. de legat.* 3. *Mantica de conject. vltim. volunt. lib.* 3. *tit.* 8. *nu.*

1. *Fusar. cons.* 13. *num.* 17. & secundum consuetudinem regiones. *Steph, Grancian. disceptat. forens. cap.* 78. *nu.* 29. Aunque la diccion *volo* latine sumpta, significat liberum, & absolutum arbitrium, *l. cum quidam, D. de legat.* 2. Pero segun el comun vso de hablar en nuestro idioma, si se junta con las dicciones. *A quien quisiereis mas*; stat electiue; y es lo mismo que dezir, *cui magis dilexeritis*, cuyas palabras son inductiuas de mayorazgo electiuo, cum electus, cum sit honoratus, sit magis dilectus grauati, *Fusar. de substitut. quæst.* 468. *num.* 8. Y que essas dicciones *quisiereis mas*, segun el comun estilo de hablar, signifiquen lo que auemos ponderado es cierto. Y se prueua con otra escritura in terminis. En el mayorazgo de Huerto para hazerlo electiuo no vsaron los instituyentes de otras palabras, ibi: *Sino enfijos masculos legitimos en aquel; pues sea vno solo, que el dicho Pedro de Altarriba mas querra.*

A esta interpretacion nos assiste la verosimilitud, la necessidad de hazer mayorazgo electiuo, supuesta la relacion al de Huerto; y las palabras, que segun el comun estilo de nuestro idioma inducen mayorazgo electiuo luego segun la mente, y la letra no se puede dar otra interpretacion, alias la diccion *mas* abundaret, & remaneret sine effectu.

Principalmente cum verba generalia restringantur ad euitandũ absurdum, *l. scire oportet, §. aliud. D. de excusat. tut. Tusch. lit. V. conclus.* 130. Y si se entendiessen absolutamente, contra el comun estilo; y no segun la sujeta materia incidiriamos en el absurdo de la correccion; y estaria la diccion *mas*, sin operacion; y en otro mayor, que podria Don Pedro, vsando del absoluto poder agenar el lugar de Alfocea à perjuyzio de Doña Isabel, y sus descendientes, como ponderò *P. Luis Martinez*

tinez. Vnde dicit *Aym. Crauet. conf.* 808. *num.* 16. *Toletrabilius esse, sterilia, atque ventosa verba fieri; quam absurdi quidquam admitatur, Bald. in l. terminato circa fin. C. de fruct. & litium expensis.*

El absurdo de la correccion ninguno lo ponderò mas bien a nuestro intento que *Gracian. discep. forens. cap.* 648. *num.* 8. En donde la correccion en vn acto, en en vna misma oracion de ocho lineas no se deue admitir, antes se ha de hazer interpretacion. *Ne corrigantur præcedencia, quamuis verba intelligi deueant ad literam prout jacent*. Y con esto quedan respondidas las palabras de la duda. *Tumquia sunt indefinite prolata.*

Aunque se ha respondido a lo que pondera el dubio de que aquellas palabras serian superfluas; y sin efecto, se responde tambien condescendiendo con la duda, en que explica; quod tacite in est, *Mantica decis.* 14. *num.* 18. *Neque officit vicium superfluitatis; quia testatores soliti sunt multa etiam adycere quæ abundant l. testamentum non ideo, C. de testam. l. non solent de reg. jur. vt in l. quæstium. § final. de fund. instrum. Bald. in l. quoties, § si quis ita, D. de heredib. instituen. Mantica de conject. lib.* 8. *tit. vlt. num.* 24. *Peregrin. conf.* 57. *lib.* 5. Neque mutat substantiam veritatis non necessaria verborum multiplicatio, *l. pediculis*, §. *Labeo. de aur. & argen. leg. Mantica decis.* 169. *num.* 7. Vnde argumentum à superfluitate valde tenue *Alciat. in l.* 3. *num.* 3. *D. de legat.* 1. Y no se entiende, que son palabras superfluas, quotiens explicite declarant, quod tacite inerat *Crauet. conf.* 808. *num.* 15. *Tiraq. ad l. si vnquam, vers. reuertatur num.* 22. *C. de reuocand. donat.* quem & alios allegat *August. Barbos. axiom.* 216. *num.* 8. vnde dicit *Alciat. in l. Gallus*, §. *quidam recte num.* 1. *Quod nemo vnquam reprehenditur de superfluitate, ex qua res clarior*

la

rior fiat, sed solum de superfluitate, quæ nil ad propositum facit. Y muchas vezes las palabras que denotan perpetuidad, se entienden vita durante, *Fusar. de substit. quæst. 679. num.* 17. Et tandem potius superfluitas admitenda quam mens disponentis ledatur, *Crauet. cons.* 808. *num.* 17. cum alijs adductis à *Barb. vbi supra nu.* 9. *Fusar. cons.* 25. *num.* 30.

No se puede dudar; que la clausula; quando sea de las ordinarias; que ponen los Notarios en las vendiciones, no ha de immutar cosa alguna en la disposicion, *Fusar. de fideicom. subst. quæst,* 3. 2. *num.* 69. *Sanchez de matrim. tom.* 1. *lib.* 6. *dis.* 27. *num.* 6.

Vltimamente pondero; que quando concedamos, que Don Pedro Altarriba tuuo facultad absoluta de agenar, y de peruertir el fideicommisso esso ha de ser *respectiue*, cada vno en su caso; porque todos tenian essa facultad, cum verbum respiciens plura tempora deueat omnia æqualiter determinare, *Fusar. de subst. quæst.* 241. *num.* 1. Y se entenderà en llegando el caso de suceder, cuyo caso no sucedio en Don Pedro; porque los Doctores que disputan la question en terminos de facultate alienandi cõcessa grauato, suponen como cosa cierta, que ha de auer sucedido el grauado para poder agenar, y destruir el fideicommisso, *l. peto* 69. §. 3. *de legat.* 2. *Fusar. de substitut. quæst.* 380. 549. 550. & 546. *cons.* 8. *num.* 8. & *sequentibus, cons.* 112. *cons.* 148. & *cons.* 143. Y assi la cession no tuuo efecto; porque se hizo sin tiempo, del modo que el grauado antes de suceder no podia vsar de la facultad de agenar que le cõcede el testador.

Esta duda supone; que dado caso que el contracto fuesse real; por el reconocimiento està destruido el fideicomisso; y no se incluye bien el señor de Huerto cõ

la

la vendicion, aun en este caso no procede la pretensiõ de Doña Esperança; por lo que fundarè en la respuesta a la tercera duda.

Secundum Dubium.

Licet in instrumento recognitionis facta per Petrum de Altarriba in fauorem Domnæ Elisabetis non repe riatur nominatus Franciscus de Altarriba eius filius, ta men illius ius in eo videtur fuisse comprehensum, nam cum dictus Petrus pro se, & suis heredibus præsentibus. & futuris fateatur venditionẽ non absolute, sino la ven dicion a mi hecha, *esse factam in fide, & procubierta ad vtilitatem, & commodum Domnæ Elisabetis nullũ fuisse solutum pretium, & simul cessionem fecerit, ac tandem hæc omnia per eosdem seruare promiserit, & nulli horum contrauenire, & Franciscus de Altarriba extiterit eius hæres; dicendum videtur eidem esse ac si hæc omnia per eum fuissent confessata, & Petrum voluisse in dicto actu recognitionis comprehendere, ius dicti Francisci hæredis; quod fortius suadere videtur; quod vnus ac idẽ cõtract⁹ cuius fides est indiuidua pro parte verus, ac pro parte fictus, & simulatus esse non potest; nec referre videtur, quod ius Francisci diuersum censeatur à iure sui patris, quia vt comprehendatur in pacto voluisse sat est cum, & si in dictis bonis non successerit ex persona patris sed sua, non potuit reuocare factum eius cuius personam sustinet saltim pro æquiualenti commodo quod ex hæreditate ad eum peruenit. Et in præsentiarum comparet Franciscũ vti hæredem patris successisse in bonis liberis magni valoris scilicet, in loco, seu Pardina de Trulla & in decem mille libris Iaccens. cuiusdam reserua, que excedunt valorem loci de Alfocea.*

Supone la duda; que en la renunciacion de Don Pedro està comprehendido el derecho de Don Francisco. La razon es; que como la cõfession de aquel, y era la fe del contracto, que es indiuidua lo destrüye todo; quia vtile per inutile viciatur, si non recipit diuisionem. Lo segundo que propone la duda es; que aunque sea la renunciacion personal no la puede impugnar el heredero; que sucede al testador en mucha cantidad de bienes libres.

Reparose notablemente en la informacion; que no son dos las vendiciones, quando ay dos compradores, como en nuestro caso. Porque el contracto de compra y venta es indiuiduo, ratione precij, & ex voluntate contrahentium, *Gratian. d scept. forens. cap. 170. nu. 62. & 68. cum vulgatis*,

No es especial en la vendicion, qualquier genero de contracto es indiuiduo ex voluntate contrahentium, quamuis res deductæ in obligationem diuidi possint, *Cardin. Mantica de tacit. & ambig. conuent. lib. 3. tit. 10 num. 38. Fab. ad tit. C. de action. emp. defin. 8. in alleg. num.* 11. quia vt dicunt Philosophi omnes essentię rerum sunt indiuiduæ. Aunque la vendiciõ, y qualquier genero de contracto es indiuiduo, por cada vno de ellos se puede adquirir derecho a muchos, *l. si vt certò 5. §. duobus veiculum, D. commodati. in terminis venditionis, l. seruus communis* 27. ibi: *Siue emat, siue stipuletur, l. seruus communis 5. per illa verba. Vel quaqua alia causa, l. si ex se 28. §. 1. D. de stip. seruor.* Y lo que mas es; quod duo possunt constitui rei, emendi in solidum, & cuilibet in solidum adquiretur ius, *l. 2. D. de duobus reis, l. 28. §. si ipsi, D. de stip. seruor.* Aunque hablan de estipulaciõ idem est de emptione, ex *d l. 17. & ex*

ex d.l.5.allegatis & ex l.eandem 9.de duobus reis. No he hallado quien trate la question en terminos, sino *Alciat.& ab illo allegati in l.Gallus,§.quidam.nu. 62. vers.expeditis,vsque ad finem,D.de lib.& posth.* Disputa quando pater emit pro se,& filijs vtrum adquiratur ius filijs collectiue, an verò successiuè; y en la parte que se ajusta a los terminos de Aragon, vbi non habemus patriam potestatem, es en el *vers. Contra illam*, habla del hijo emancipado. De que se adquiera derecho a los hijos no dudò *Alciat.* La question y disputa era, si se adquiria successiuè; en los terminos de nuestro caso, es sin dificultad que se adquiere derecho successiuè, como fundé en la solucion de la primera duda.

Lo que colijo de lo dicho es; que a qualquiere de los compradores en nuestro caso se le adquiere derecho distinto, y separado, & quidem successiue, la razon es; quia cum duæ personæ, vel plures in contrahendo adhibentur, quilibet pro jure suo adiectus intelligitur, *Mantica de tacit.& amb.con.lib.3.tit.10.num.39.*

Si por esta diuersidad de derechos se ha de entender, quod tot sunt vendiciones, quot personæ emētiũ, para mi intento no importa; porque me basta que no tenga duda la diuersidad de drechos. Pero para los efectos de derecho, lo mismo es que se adquieran derechos diuersos a dos compradores en vna vendicion indiuidua; que si se huuieran celebrado dos vendiciones, es texto singular la *l.1.§.cōmunis seruus 4.* ibi *Idē juris erit in hac vna conceptione verborum, quod futurum esset, si saparatim duæ stipulationes concepta fuissent: Alteram in personam mei serui, alteram in personam tui serui.*

Supuesto que el derecho de Francisco es independēte del derecho de Pedro, aora sea porque ay dos vendi

ciones

diciones, ò porque en efecto es como si las huuiesse sera facil responder a la duda. La confession, y reconocimiento de Pedro, no causa perjuyzio à Francisco, que tiene derecho adquirido antes de la confession, aunque confiesse que no huuo vendicion, *Paul. de Castro in l. factam, §. si nares, D. ad Trebel. num. 5.* habla del cedente, que despues de auer cedido el derecho que tenia reconociò, que el deudor no deuia cosa alguna. La razon en que se funda Paulo de Castro, ex identitate rationis, decide nuestro caso, ibi: *Vt si cedens fecit pactum, vel confessus est deuitorem, non deuere, tunc siue scierit siue ignorauerit cessionem factam, ista nõ prossunt deuitori; nec nocent cessionar. ò, cui cedens post jus quasitum non potuit prajudicare.* La razon trae *Mascard. de probat. conclus. 374. num. 2. Ne sit in facultate cedentis confiteri, & dolo ac fraude tollere jus quasitum cessionario.*

Argumento concluyente le parecio a la contraria parte el de la confession; porque no puede ser el contracto simulado, y verdadero. Supone, que la confessiõ hizo la vendicion simulada; y esso negamos; porque tambien pudo auer dolo en la cõfession, como prouamos por nuestra parte; en el exemplo de Paulo de Castro se haze manifiesto, claro es que el reconocimiento à perjuyzio del que lo haze es valido, y sera verdadero dezir el cedente no puede valerse de la obligacion; porque ha confessado que fue ficta, *Mascard. vbi supra num. 6.* Pero la obligacion se sustenta en el cessionario que tiene derecho adquirido antes de la confession, la obligacion que no se puede sustentar en el vno de los reos credendi se sustentan en el otro, *l. sed quod 15. l. 1. §. 4. de stipulat. seruus.* assi como no se puede arguir el cedente confessò la simulacion, luego

la obligacion es ficta, y en parte verdadera; porque se sustenta por el otro que tiene derecho; ni en nuestro caso; pues milita la misma razon, aliàs quando dos tienen drechos reales independentes por vna vendicion estara en arbitrio del vno causar perjuyzio al otro, por medio de vna confession.

Pareceele dificultoso a la contraria parte que diga Don Pedro: *Que la vendicion fue hecha para ciertos fines, en fe, y por cubierta.* Y q̃ esso se entiẽda, respecto de Pedro, y que sea verdadera respecto de Francisco; no es esto *impossible*, como se ha imaginado, tan facil es *alcanzarlo*, como topar con principios de derecho, y con vn lugar de *Molin.* que lo decide.

Notorio es: *Quod in contractibus rei veritas potius quam scriptura perspici deuet, l. 1. & tot. tit. C. plus valere quod agitur.* En esse titulo, y en otro, *C. si quis alteri, vel sibi* se trata; quando quis alteri emit, nomen suum dumtaxat acomodãdo; en estos terminos, como se atiende solamente a la verdad del contracto, is qui suum nomen acomodauit dicitur simulate agere, & nullo modo adquirit dominium rei emptæ, sed statim fit illius ad cuius commodum fuit res empta, *l. si cum pater 17. C. ad Senat. Cons. Velei. l. 1. & tot. tit. C. plus valere.* Optimè *Fab. ad tit. C. si quis alteri vel sibi, defin. 10. ibi: Ille enim, nihil sibi, vel momento vllo temporis acquisisse videtur, sed ei soli cui nomen accommodauit, quamuis traditio ipsi facta sit, inspecto scilicet eo, quod vere actum est potius, quam quod simulate conceptum, ideoque, & ad fructuum omnem restitutionem tenetur, quos ex illa re perceperit, quod eos non solum ex re aliena, sed etiam mala fide, & contra proprij facti conscientiam percepisse dicendus sit, Bart. in l. Ticium, §. altero. num. 3. de admin. & peri. tut. Lap. allegat. 73. &*

 alleg.

alleg.35.P.de Castro,cons.289.lib.2.Bald.cons. 109.lib. 2.Steph.Gracian. disceptat. For. cap. 240. num. 32. & cap.160.nu.11.cum sequent. Y a essa mala fe que haze el que compra simuladamente, queriendose apropriar la cosa comprada,llaman los Emperadores *Calumnia in l.4.C.si quis alteri vel sibi.*

De este principio prouiene,que como sea en derecho muy frequente que el padre compre para el hijo suum dumtaxat nomen acomodando vt asserit *Fab. infr.* El que compra verdaderamente es el hijo, y simulate, en fee, y por cubierta el padre, *Fab.ad tit. C.si quis alteri vel sibi, defin. 1. & in allegat.* Luego en este caso faltara el padre a su fee, y conciencia si ocultara la verdad de la vendicion,como dixo *Fab. en la defin.* 10. Y podra dezir en vn reconocimiento sin ofender la fee indiuidua de la vendicion, y el derecho que se adquirio a vn tercero: *Quod erat factus in fide, & pro cubierta, & fictus, & quod non erat suus in rei veritate.* En cuyo caso dize *Molin. in reportor. verbo censualia, vers. Quidam habens.* Que auiendose hecho el reconocimiento con essas palabras, se declaro. *Erant quoad nomen creditoris ibi appositum: sed nõ vera quoad veritatem contractus.*

No se diferencian estas doctrinas de nuestro caso, sino q̃ en el explicitamente se dize el nombre para quiẽ se compra; pero ya se vee q̃ esto no le immuta. Infierese con euidencia; que es possible el caso, y juridico, y que no lo puede impugnar quien defiende el derecho ciuil, sino quien le ofende; y la limitacion del reconocimiento en quanto dize, *a mi hecha* lo persuade bastantemente; que fue dezir en quanto a mi persona se hizo en fe, y confianza, quien compro verdaderamente fue mi hijo, nomen dumtaxat meum acomodando; y si no

pa-

parece esto verosimil, si suponemos, que el caso es co-
mo lo he explicado, con que palabras se podia hazer el
reconocimiẽto, que fuessen mas ajustadas a la mente,
para no violar el derecho del hijo, y la verdad del con-
tracto?

Quando no baste lo allegado para conuencer al
contrario, supongamos sine veritatis præiudicio; que
el reconocimiento haze argumento y prueua eficacis
sima de simulacion, assi como la simulacion se prueua
argumentis, & præsumptionibus, ita contrarijs elidi-
tur, *Rot. apud Farin. 3. tom. select. decis. 677. num. 4. &*
cons. 40. num. 71. tom. 1. La vendedora confessò in arti-
culo mortis a perjuyzio suyo; que la vendicion era
verdadera: Esta confession es mas poderosa; asserenti in
tali punto est maxime credendum; quia si vnquam ve-
ritas habetur ab homine habetur quando recessurus
est ab hoc seculo, plura congessit, *Farin. de indicij. q.*
46. num. 4. 5. 6. & 16. Y quando no fuera mas podero-
sa, sino igual cõ la confession del comprador, & sic mu-
tuo se expellant, tenemos la vendicion que habet præ-
funcionem pro se, *& duo instrumenta excludere viden*
tur omnem præsumptionem simulationis, sicut duæ præ-
sumptiones, & duæ rationes vincũt vnã. Vital. de Cam
ban. tract. de claus. in rub. ex quibus causis possit simula-
tio præsumi num. 3. pag. 391. Tusch. lit. S. conclus. 259. nu.
28. Castr. cons. 261. lib. 2.

Para que se conozca que son mas eficaces las presun
ciones exclusiuas de simulacion; ponderos; q̃ en los mo
tiuos, assi fauorables como contrarios, no se habla vna
palabra, de conjecturas de simulaciõ, ni aun por razon
de dudar, siendo materia en la qual se suelen acumular
muchas para persuadirla, *Giurb. cons. crimin. 54. & 56.*
La razon de esto es; que como la verdad est vasis, &
fun-

fundamentum justiciæ, *Bald.cons.343.lib. 1. Gig.cons. 2.num.6. Ricci.in prax.rer.for.Eccles.decis. 234. nu.6.* Los argumentos de simulacion, conocida la verdad del instrumento, hæc prævalet, & ei omnia cedunt, *Menoch.de præsump.lib.1.q.31.num.4.* De està verdad no parece que dudaron, ni se puede dudar, considerando, que se hazen essas agenaciones sub confidentia ad hoc, vt sub illa datum facile repeti valeat, *Pereg. de iure fisci lib.5.tit.1.num.159.vers.præmissa tamen, Boss. in tit.de publ.num.46.* como podia fiar Doña Isabel de la fé de vn niño, y de los que estauan por nacer? Nam vt ait *Virgil.4. Æneid. Nusquam tuta fides.* Præcipué in tenellis annis. *Sene. Oct. Teneris in annis haut satis clara est fides.* Maximè in rebus magnimi momẽti. *Lucan. 8. Ardua quippe fides robustos exigit annos.* Los Doctores que hablan de esta confiança sienten; que a mas del parentesco aya amistad muy intrinseca para persuadir; que es facil la recuperacion de la cosa agenada. *Boss. & Pereg. vbi supra, Farin. de falsit. & sim. quæst.162.num.144.* Y si hizo tanta confianza no huuo necessidad de reseruaciones; y deuiera hazerla de Don Pedro de Altarriba solamente; pues del solo pudo fiar.

Considero tambien, que Doña Isabel Diez de Aux casandose con Don Carlos de Heredia, en la capitulacion matrimonial no quiso exceder los limites de la reseruacion, sino que conformandose con ella llamó a todos sus descendientes solamente; pues en falta de ellos ya estaua dispuesto por la vendicion: y despues estando con riesgo de la vida, quando quis non præsumitur mentiri, *Surd.decis.55.num. 11.* & eius dictum habet vim juramenti, *Menoch.cons.23.num.9. Ant. Monach.decis.2.num.31.* cum non sit immemor salutis æternæ, *l.fin.ad legem Iul.repet.* En vn codicillo haziendo

es-

escrupulo que en el testamento auia grauado a Don Francisco de Altarriba, en mas de lo que le permitia la vendicion lo aduirtiò; y por descargo de su concien cia confirmò la vendicion con todas las condiciones, cuyo acto geminado dá mayor firmeza, y estabilidad a la vendicion, *l. Balista* 32. *D. ad Trebel. l.* 4. *iuncta glos. vl. D. de pig. act.* Y quita la sospecha de simulaciō; in terminis, *Bald. cons.* 455. *volum.* 3. *Tib. Decian. cons.* 46. *num.* 38. *& sequentib. lib.* 2. *& cons.* 2. *num.* 157. *& sequentib. lib.* 1. plura de geminatione actus *August. Barbos. axiom.* 12. *num.* 14. *& axiom.* 105.

Es de grande cadencia que Don Luis de Heredia, en quien sucedio libre el lugar de Alfocea (segun la pretension de Doña Esperanza Diez de Aux) no quisiera disponer, entendiendo que no podia por los vinculos de la vendicion.

Para persuadir mas bien que el contracto fue real, y verdadero; ponderese la razon y causa que tuuo Doña Isabel Diez de Aux para disponer de sus bienes en Dō Pedro de Altarriba. Ratio est anima cuiuscumque dispositionis, *l. non dubium, & ibi Bald. num.* 1. *C. de leg. glos. in l.* 2. *Quæ sit lōga consuetudo, & in l. si quis seruo. num.* 7. *C. de furtis, & in l. vlt. nu.* 31. *C. de hæred. inst. Molin. de Hispan. primog. lib.* 1. *cap.* 5. *num.* 8. Hallauase obligada de Doña Iuana Francisca Diez de Aux, deuda suya, y muger de Don Pedro, que queriendo disponer de su hazienda llamò despues de sus hijos a Doña Isabel, y sus descendientes, como lo hizo con efecto. El hazer lo mismo con ella fue remuneracion muy deuida, *Ioan. Fab. in l.* 1. *col. vlt. vers. Quid si duo. C. de in offic. donat.* Concurria con essa obligacion la amistad intrinseca, y afinidad con Don Pedro; y el parentesco con Don Francisco su hijo. Affectio cognationis, &

 san-

ſanguinis coniunctio ſæpe inducunt ad donandum, *Giurba conſ.crimin.* 54.*num.* 28.*Seſſe deciſ.*78.*num.* 4. Si conuentiones congruam recipiunt interpretationem à ratione ſeu cauſa contrahentium, *l.*1. *C.de condit.ob cauſ.Natta conſ.*676.*in fine*, & *Crauet.conſil.*192 *num.* 2.& 22.& *conſ.*299.*num.*1.Deſpues de auer llamado en la ſuceſſion de Alfocea Doña Iſabel a ſus hijos, y deſcendientes, a quien mejòr podia ſubſtituir que a Don Pedro,a quien le deuia la educacion y amiſtad, y deſpues de ſu muerte a ſus hijos y deſcendientes, con quien tenia parenteſco.

Obſeruò en eſte llamamiento el orden que guardan los Iuriſconſultos,qui cum iuueant attendi ordinem ſcripturæ,in *l.generaliter.de fideicom.libertat.*Fære ſemper amicitiam conſanguinitati in ordine ſcripturę prę ferunt,*l.ſed ſi plures*,*§.in arrogato*,*in fine*,ibi:*Amicus*, *vel cognatus*,*de vulg.*& *pupil.l.ſi ſeruus plurium* , §. *vlt.D.de legat.*1.*l.Theopompus de dote praleg.l.affectionis*,*D.de donatio.* vnde dicit *Bart. in l. alimenta*,§.1. *de alim.*& *cib.legat.* Quod licèt appellatione filiorum non veniant nepotes,*l.quod ſi nepotes de teſt.tutell.l.fily*,& *l.juſta.de verbor.obligat.*Fallit tamen in nepotibus,quos teſtator præ amore ſingulari,vt filios nominabat,atque habebat,habita ſcilicet potius ratione amicitię,quam ſanguinis,& hoc ſequitur,*Alex. ibi in addit.Bart.*

Vnde non eſt prętereundum , del modo que los hijos adquieren los legados por el teſtamento inſolemne,*l.vlt.C.Fam.arciſ.l.hac conſultiſſima*,§.*ex imperfecto*,*C.de teſt.*Ita amici,veluti ius liberorum obtinentes ex teſtamento minus ſolemni legata conſecuntur, *Gloſ.in l.teſtamento*,*D.de fideicom. libert. Bald. in l.ſi iure*,*C.de teſtam.Barb.conſ.*3.Illud referam in mediũ,

lib.

lib.3. Iasson in l. cum alienam, C. de legat. Rom. in repet.
l. si verò, §. de viro. in 26. fal. D. sol. matrim. & cons.
179. Amplissimè Doctor. y *Bald. in l. si iure, C. de te-*
stam. manum. Asserit affectionem liciti amoris habere
clausulam codicilarem, *Iasson in l. 1. C. de summ. Tri-*
nit. Benedict. in cap. Rainuncius. in verbo testamentum
lib. 3. num. 46. extr. de stam.

No se deue omitir; quod licet affectio sanguinis non
tanti sit, vt quis pro altero stipulare possit, *Glos. in l. si-*
de jussoris in verbo neque enim. & ibi Bart. & in l. stipu
latio ista, §. alteri, D. de verbor. obligat. Diuersum ta-
men est si interest propter amicitiam, ea enim satis est,
vt pro altero stipulari possit, *Glos. in l. si vnius, §. 1. in*
verbo, videamus, D. de pact. ibi Bald. Angel. & Alexã.
Vnde id quod inter est ratione amicitię, fortius est, eo
quod inter est ratione conjunctionis sanguinis, *Iasson*
in l. 1, col. 2. vers. capio glos. D. de iure jurand.

El derecho prefiere el amigo al hermano, in *l. cum*
allegas, C. de Castrensi pecul. lib. 12. Vbi si frater ex com
militio amicior factus fratri commilitoni quidquam
donarit, id habendum in peculio castrensi, attenta po-
tius qualitate amicitię, quam fraternitatis, *Albericus*
in l. sed hæ persona, D. de injur. vocand.

Y no solamente el derecho, en todas letras hallare-
mos que se prefiere el amigo al pariente. *Salom. Pro-*
uerb. 18. dicit. Vir amicabiles ad societatem magis am
cuserit, quam frater, D. Thom. in Opuscul. de dilectione
Dei: Homerus lib. 8. Odyssea:

Si quis forsam amicus sit gratus bonusque
Quandoquidem is non inferior, vel fratre putandus.

Y Socrates ad Demonicum alaba a Hiponico; porque
preferia los amigos a los parientes. *Cicero. 1. de offici. &*
in lacio. ibi: *Ex propinquitate beneuolencia tolli potest,*
ex

ex amicitia non poteſt. Añadaſe a eſto lo que doctamente diſcurrio Pedro Luis Martinez en la allegacion por eſta pretenſion.

Doña Iſabel deuiendo cumplir con lo que deuia a Don Pedro lo moſtrò en la diſpoſicion que hizo de ſus bienes, cumpliò primero con el agradecimiento cō la amiſtad; y luego con el parenteſco; y manifieſto todo eſto repetidas vezes en la vendicion, en el teſtamento que dexaua heredera a Doña Iſabel, hija de Don Pedro, y en el codicillo, cuyos repetidos teſtimonios de ſu voluntad parece que quitaron la duda de ſimulacion; y aſſeguran que la mente fue diſtribuir los bienes, en falta de hijos, en los parientes que mas amaua; y por eſſo juzgo, que en los motiuos no ſe hablò palabra de ſimulacion.

No ay que hazer reparo ſi fue verdadera vendiciō, ó donacion ſub figura venditionis; por que como la vē dicion es el contracto mas frequente, muchas vezes ſub ſpecie venditionis quis donat ſua bona, *l. ſi donationis* 3. *l. empti fides* 9. *C. de contrahend. emp.* y es permitido, *Mantica de tacit & amb. con. lib. 2. tit. 2. num.* 10. *& lib. 10. tit. 3. num. 16. & ſeqq. Farin. de falſ. & ſim. quæſt. 162. num.* 43. & 44. Y no ſe puede oponer, que no ſe inſinuò; porque fue cōtracto honeroſo con obligacion de pagar vnos cenſos, vt ſupra retulimus.

Por los fundamentos allegados; y por lo que latamēte expendi en el articulo 1. de la allegacion por Don Alonſo de Gurrea, in proceſſu Antonij Pan, y Vino, parece que no puede tener diſputa la verdad legal de la vendicion. Se ha reſpondido a la primera parte de la duda, reſta aueriguar, ſi el heredero tendrà obligacion de eſtar al reconocimiento del teſtador, hecho pro ſe, & ſuis.

Las

Las palabras del reconocimiento *a mi hecha; fidelidad mia*, sunt personalissima, & limitata, *Bart. cons.* 5. *Gicius. lib. 1. cons.* 87. *lib. 2. Iass. in l. serui electione, §. fin. D. de leg.* 1. *& ibi DD. Rol. à Valle cons.* 71. *n.* 29. *lib.* 2. *Marc. decis.* 331. *num.* 14. *& sequentib. August. Barbos. de dictiòn. vsufreq dict.* 198. Vnde fideiussor obligatus pro deuito sui patris, per dictionem *suus*, intelligitur obligatus tantum pro deuito liquidato tempore vitę patris, non post illud tempus, *Gracian. disceptat. forēs. cap.* 104. *num.* 19. No dudô Don Pedro, que por la vendicion se auia adquirido drecho a Francisco, y sus descendiētes; luego quādo habla de la renunciaciō de su derecho, solamēte no quiso comprehender los demas; porq̄ aliàs dixera, q̄ renunciaua *la vendicion* absolutamēte; y con este modo de reconocimiento parece q̄ da a entender, q̄ en la verdad del contracto, aunq̄ las palabras de la escritura se dirigen a el, suum tantummodo nomen acomodauit, & fidem suam præstitit; como diximos arriba con Fabro; y assi reconociendo su fidelidad confessô, que la vendicion assi hecha fue en fee, y confianza; y que en la verdad no fue comprador. O pudo ser que por ciertos fines hiziera el reconocimiento (como prouamos) y aunque verdaderamente era oomprador; segun la otra idea qne he propuesto por no perjudicar el derecho de su hijo, se limitò a perjudicar solamente el suyo con las palabras, *a mi hecha; me ha sido adquirido*.

Auiendo renunciado el grauado de restituir su derecho solamente; el fideicomissario que sucede jure proprio, y es heredero juntamente del grauado, bien puede contrauenir, *l. fin.* ibi: *Factum eius cui successit, ex sua persona dominium vindicare non impedit. C. de*

 eui-

euictio.l.defuncto.C.si in fraud.patr.Decius cons.18\[?\].in causa,& cons.445.in casu,num.55.vers.Sed responderi. Alex.Raudens.lib.1.variar.resol.cap.36.num.25. (Supongo para la exposicion de este lugar; que en Aragõ sucede el heredero con el beneficio de inuentario) & *cons.38.num.45 lib.2.* quem sequitur *Fusar.de fideicom. subst.quæst.557.num.10.vers.limitatur.& num.29.*

Proponen los Doctores, si el heredero del grauado, que agena parte de los bienes del fideicomisso, podra reiuindicar la cosa agenada pro quota hereditatis. La opinion comun es; que no puede, aunque aya echo inuentario, *Molin.de Hispan.lib.4.cap.1.*latè *Fusar. de substit.quæst.557.& 560.à num.10.Gracian. disceptat. forens.cap.766.à num.21.& cap.511.á num.24.* Pero estos Doctores hablan de fideicomisso simplici; pero en el caso del mayorazgo, vt in præsenti està recebido; que el heredero, y sucessor puede recuperar la cosa agenada; y satisfara al comprador de los bienes que le dexò el grauado, *Molin. vbi sup.num.30.*

No estamos en el caso de auer agenado Don Pedro los bienes del mayorazgo, sino de auer renunciado el derecho que le competia, sin auerse obligado a no contrauenir por si, ni por sus hijos ni herederos (aunque la duda supone lo contrario, no lo he hallado en la vendicion) en cuyo caso hæres ex persona, & jure prõprio potest contrauenire, *Fusar.dict.quæst.560. à num. 10.& sequentibus,& dict.quæst.557.num.28.* De modo que ay diferencia de renunciar el derecho al fideicommisso, ò agenar los bienes del.

Esta instancia que se haze contra Don Francisco, como heredero de su padre con quien se incohò el pleyto, es personal, de modo que aunque regularmente el

que

que agena, ni su heredero no pueden impugnar la agenacion, pero los demas sucessores, qui nec alienarunt, nec alienatione cēserunt nec etiā fuerunt hæredes alienantis, bene possunt cōtrauenire, *Molin. vbi sup. n. 21.* Extinguiose la causa por la muerte de Francisco, quia instācia, seu exercitiū iudicij non transit in successorē, *Barda. ad tit. de res. n. 2.* Y por esso es necessario citar al heredero, como lo hizo Diego Batista Seron, que citò a Don Pedro de Altarriba, que sigue el pleyto, para la remision de la causa. Essa instancia no se puede proseguir contra Don Pedro que sucede en Huerto, y Alfocea jure proprio, en quien no han entrado los bienes libres de su padre, y abuelo. Vnde instancia quæ non durat non reasumitur, *Bardaxi vbi supra num. 4.* Porque del modo que si se inchoara pleyto con el que oy litiga, sino le prouaran, que adquiriò bienes libres de su padre, y abuelo no le podian obligar a que no impugnara el reconocimiento, assi en el caso presente que viene citado al pleyto por los bienes libres que pudo tener su padre, no puede ser condenado, ex *Molin. vbi supra.*

La Pardina de Frulla se prueua por nuestra parte, que Don Fraucisco la adquirió jure proprio. Los diez mil ducados de la reserua se hizo de los bienes vinculados; porque el Señor de Huerto no tuuo otros; y no auiendose agenado quedaron incorporados en los vinculos. A estos argumentos se añada lo que se ha escrito por esta parte en este punto.

Tercium Dubium.

QVamuis Domna Elisabet in codicillo post venditionem facto iusserit seruare reseruationes, vincula,

& successiones in dicto instrumento venditionis contenta iuxta suam seriem continentia , & thenorem , non ex hoc nouus titulus ex dcta approbatione resultare posse videtur in fauorem Francisci Altarriba , nam cum eo tempore quo illum condiderit nupta esset cum Don Carolo Fernandez de Heredia, & in pactis dotalibus inter eos innitis appositum fuit vinculum in fauorem filij nascituri ptimogeniti, qui fuit Don Ludouicus, in eius prajuditium, & suorum heredum non potuit aliquod statuere cui in confeso, & ab intestato successiue Domnam Esperantiam rrtificatio enim certissimi juris, & non operatur in prajuditium eius cui medio tempore fuit hijs quasitum.

SOLVTIO.

Reconozco la dificultad de la duda; pero no obstante ella ha de ser el codicillo argumento fatal para la otra parte. El Señor de Huerto no exhibio el codicillo para su inclusion ; porque reconoció la dificultad de la duda, como era reo, *Foro. por dar. de firmis jur. super possessione*, lo produxo para exclusion de Augustin Batista Seron, y en esso tiene intento.

Para lo qual supongo ; que la parte contraria en el articulo 21. de su proposicion dize ; que Don Luis de Heredia sucedio a Doña Isabel Diez de Aux ab intestato; y no dize. *vel aliàs*, para incluir la capitulacion matrimonial; por donde era sucessor en Alfocea, segun la reserua de la vendicion : dicta in libello faciunt fidem contra libellantem, *l. cum precum, C. de lib. causs. l. cum tecum, C. de transact. Ludo. Roman. cons. 235. num. 9.* Despues en replicas; para exclusion de nuestro derecho exhibe la capitulacion matrimonial , y no deue aprouecharle, quia actor deuet metiri ius agendi ex per-

persona sua non autem ex non iure rei, *Pacian. de probat. lib. 1. cap. 61. num. 5. Roman. cons. 347. num. 4. Castr. cons. 76. num. 2. vol. 2.* Auiendo confessado el actor que el titulo por donde sucedio Don Luis en Alfocea era la sucession intestada, contra su derecho se le ha de creher, ex *Lud. Roman. vbi supra*; y allegando despues cosas contrarias non auditur, *August. Barbos. axiom. 58. num. 6.* Consta a mas de esso, que Doña Isabel murió con testamento.

Et agens vt talis debet prouare se talem aliás sucumbit, (decidiendo nostrum casum) *Bart. in l. non ignorat. C. qui accus. non poss. Decius cons. 321. nu. 2. Castrens. cons. 178.* super eo quod queritur. *num. 1. lib. 2.* Vnde dicit, *Iasson in l. si is ad quem. num. 3. de adquir. hæredit. Quod qui credit hæreditatem sibi delatam ex vna causa, cum sit delata ex alia, si addit non efficitur hæres, non quidem ex causa putatiua, quia non potest, neque ex vera quia noluit.* Et ex hoc infert. *Quod si egi ad hæreditatem, tanquam fuerit mihi delata ab intestato, posito, quod in veritate esset mihi pro parte ex testamento delata deueo sucumbere, & non possum in aliquo obtinere,* ita in facto consuluit, *Alex. cons. 121. num. 6. 7.* qui multum bene fundat, libellantem qui ex vna causa agit, si apparet esse dominũ ex alia, non posse obtinere; ad intentum optime, *Paul. de Castro in d. l. si is ad quem num. 1 & 2. & ibi Imola de adquir. hæredit.*

Vnde actor eliditur exceptione per quam concluditur ius, vel actionem non competere, *Philip. Franc. in cap. 1. num. 2. vers. vigessimo tercio de litis contestat. Robert. Maranta in repet. ad l. is potest nu. 151. vers. Quid, & num. 152. D. de acquir. hæred.* asserit. *Quod si aliquis egit tanquam hæres ex testamento, sed probauit se hæredem ab intestato; quod non potest obtinere. Et ratio est,*

quia

quia de jure, is qui agit ex vna causa si probat, ex alia sucumbit. Quia non potest ferri sentencia condemnatoria, ex l. habebat, D. de instito. Et est alia ratio, quia is qui agit vt hæres deuet esse certus, de sua causa, alias adire non potest. Ioan. de Neuizanis. cons. 68. num. 3. vers. Tercio, & num. sequent. Vbi concludit hoc procedere etiam si procedatur de plano, sola facti veritate inspecta; quia aliàs libellus non requiritur; propone el caso nuestro in terminis.

De esta doctrina prouiene; que es tan necessario el allegar la verdadera causa en el libello, que conforme el Fuero. *Cosa muy justa de apprehens.* El qual se conforma con el derecho, si el aprehendiente legitima su persona con la sucession intestada, si el otro a quien pertenecen los bienes opone el testamento, donacion, ò capitulacion matrimonial, se reuoca el apellido, aunque por el testamento le pertenezcan los bienes al aprehẽdiente: & quàmuis apprehendens ab intestato deduxisset ius suum cum clausula, omni meliori modo, latê *Portol. scholi. ad Molin. verbo apprehensio el 2. vers. apprehensionis appellitus. à num. 24. & sequentibus, Ferrer, & Mol. ab illo allegati*: De cuius fori intelligencia *Bardaxi ibi; & Pastor in notullis.* Y el *Fuero vnico de firmis juris, super possessione*, que da forma de proceder en este processo, prohibe al actor que no pueda dar nueua firma, peticion, ni añadir, detraer, corregir a la firma dada.

Por todas las razones propuestas procede; que auiendo incluydo Doña Esperanza a Don Luis (a quien pretende suceder) con la sucession intestada, constando despues en el processo, que sucedio en virtud de la capitulacion matrimonial, no puede obtener. Y la capitulacion matrimonial no obrarà contra mi parte mas

que

que sino estuaiera en el processo; y assi el codicilo que-
da con su fuerça, y valor para excluir al actor, que aun
que nos opone la capitulacion, es despues de auernos
confessado; que Don Luis no sucedio por ella, sino ab
intestato; y assi como sino estuuiesse; y reincide a mas
de esso en declarar otra causa distinta de la que propu
so para legitimar su derecho: y vltimamente dize, que
murio ab intestato, y consta; que murió con testamen-
to, y codicillo; por todo lo qual deue ser vencido.

Quartum Dubium.

Domnam Elisabetam Diez de Aux, videtur non potuisse, in praiudicium Don Ludouici eius filij ex legitimo matrimonio procreati, vendere locum de Alfocea, cum in eo succcesserit tanquam hares Martini Diez de Aux eius fratris, cum pacto, vinculo, & conditione, quòd si decesisset sine filijs legitimis, & ex legitimo matrimonio procreatis, & descendentibus eorum legitimis bona perbenirent, in Beatricem sororem, & ea tunch, in humanis, non existente, in eius filios, ex legitimo matrimonio procreatos, & in eorum defectum, in suos descendentes, quibus etiam non exsistentibus ad paterna bona vocabit Ioannem Diez de Aux, & eius filios, & descendentes, & quo ad materna filios, & descendentes Illefonsi Coscon, & Domna Ioanna Diez de Aux vxoris Petri Altarriba, cum eisdem; qualitatibus; ex quo duo resultant. Primum, scilicet filios Domna Elisabetis positis fuisse, in conditione, non simpliciter, sed cum qualitate, ex legitimo matrimonio procreatorum. Et secundum, nempe filios ac descendentes minus dilectos fuisse vocatos, quo cassu absurdum videretur, quin praiudicium filiorum ac descendentium sororis, & aliorum consan-

sanguineorum eueniente cassu fideicommissi, non valere dicta venditio, & in praiuditium magis delectorum subsisteret, quibus extantibus coniecturis, etiã si carta estandum, sit videtur fatendum Sm. DD. censuram vocatum fuisse Don Ludouicum antecedenter, ex testamento patrui, ac perconsequens, quo ad eius praiuditium, non potuisse valere alienationem factam per Domnam Elisabetam.

SOLVTIO.

Esta duda haze mas dificultosa la pretension contraria. El Señor de Huerto es posseedor y reo, aunque tenga excepcionque excluya su derecho, si el actor la tiene tambien, venit absoluendus, *l. extat. 25. D. de iure fisci, Castrens. cons. 81. lib. 2.* Muerta Doña esperanza, que era descendiente del vinculante, y consiguientemente llamada a la sucession; las instancias del processo, quando se sucede nomine mayoratus non transeunt in heredem succesorem vniuersalem, sed ad sequentes vocatus in mayoratu, *Rota decis. 907. lib. 3. p. 3. Cabedo decis. 198. num. 3. & 6. Peguera decis. 218. Mohedan. decis. 41. num. 2. de judicij, Puteus decis. 181. lib. 2 Molin. de Hispanor. lib. 4. cap. 8. num. 6.* Por esta razon se denegó la reposicion que pedia Don Iuan de Torrellas, *in processu D. Elisabetis Ximenez, de Embun, super apprehensione*, del Condado de Fuentes. Y la reposicion de Don Iuan Francisco de Torrellas Conde de Castelflorido, como auiente derecho del Licenciado la Vega heredero escrito de Don Luis de Torrellas, que ganô la Villa de Alacon, *in processu Elisabetis de Fuertes super apprehensione.* Se repuso en los derechos de la difunta Pedro Geronimo de Luna, no en fuerza de los vinculos; porque era estraño, sino como sucessorde ella. El qual vendio su derecho a otro estra-

ño:

ño: y assi el que oy litiga con el Señor de Huerto no es sucessor en las instancias del vinculo (si lo ay) porque no es descendiente, ni ha prouado que no quedaron descendientes del vinculante, ni que tiene derecho del vltimo llamado. Y vltimamente no se incluye con esso, y assi la duda es contra Batista.

Es de consideracion, que en la lite pendente D. Esperanza no dio proposicion con esse vinculo, antes cõfesso la libertad de los bienes, pues en el art. 21. dixo que Don Luis sucedio a su madre ab intestato; y en los majorazgos no se sucede al vltimo posseedor, sino al vinculante, *Milin. de Hispan. lib. 2. cap. 4. num. 6.* Confessio procuratoris, vel aduocati officit parti, *Tiraq. de rectrat. conuent. in limine contractus, glos. 5. num. 13. & seq.* Y tuuo Doña Esperança por tan cierto, que no eran de consideracion essos vinculos, que no quiso incluirse cõ ellos, y hizo confessiones cõtrarias; y assi como estas le perjudicaban, tambien causan perjuyzio al sucessor. Concluyo, que si ay vinculo esclluye el derecho de los estraños, y el de Doña Esperança, porque no se incluye con el, como diximos en la solucion a la tercera duda; y porque ay titulo exclusiuo de la libertad de los bienes que ha confessado. Todo esto que resulta de la duda opone mi parte como reo para excluyr a Batista.

En la lite pendente dio proposicion en virtud del vinculo alegado, Iuan Luys de Luna menor, que entiendo era hijo de Doña Esperança, la qual repelieron los motiuos en el vers. *Reicitur autem propositio oblata pro parte tutorum.* Y en ellos se veè que poco caso hizieron del vinculo. Y el mismo interesado quedò tan desengañado, q̃ no boluiò a dar proposicion en la eleciõ de firma, ni despues se à hablado palabra della.

Remitome en este punto a lo que se ha escrito por mi parte.

Señor Illustrissimo, mayor ocasion he tenido de põderar la justicia del señor de Huerto que los contrarios la de Batista, pues la tengo acreditada con dos sentencias; pero las presunciones, y encarecimientos, inmoderados se deuen euitar de la censura de los doctores, *Marc. lib. 8. epis. 1.*

Laurigeros Domini liber intrature Penates,
Disce verecundo sanctius ore loqui.

Salua in omnibus grauissima censura, &c.

Alastuey.